



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2010

---

## **”Erzwingung unangemessener Preise” - wohin geht der Weg?**

Weber, Rolf H

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-41053>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Weber, Rolf H (2010). ”Erzwingung unangemessener Preise” - wohin geht der Weg? Jusletter:online.

Prof. Dr. Rolf H. Weber

## **«Erzwingung unangemessener Preise» – Wohin geht der Weg?**

---

Das Bundesverwaltungsgericht hatte im Swisscom-Mobilterminierungsentscheid vom Februar 2010 neben der Beurteilung des Kartellverfahrens im Lichte der EMRK und der Umschreibung des relevanten Marktes den Begriff der «Erzwingung unangemessener Preise» (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) auszulegen. Schon sprachlich, jedenfalls aber systematisch, rechtsvergleichend und teleologisch betrachtet, lassen sich die strengen Anforderungen an die «Erzwingung», welche die Gesetzesnorm fast obsolet machen, nicht rechtfertigen. Auch die sog. funktionellen Äquivalente legen es nicht nahe, die Latte für die «Erzwingung» besonders hoch zu legen. Sektorspezifisches Fernmelderecht und allgemeines Kartellrecht sind grundsätzlich parallel anwendbar; materiell genügt es, dass die marktbeherrschende Stellung instrumentalisiert wird, um einen Preis zu verlangen, der im Wettbewerb nicht erreichbar wäre.

---

Rechtsgebiet(e): Kartellrecht

Zitiervorschlag: Rolf H. Weber, «Erzwingung unangemessener Preise» – Wohin geht der Weg?, in: Jusletter 1. November 2010

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Tatbestandselement der «Erzwingung»
  - 1. Auslegungsmethoden
    - 1.1 Sprachlich und historisch
    - 1.2 Systematisch
    - 1.3 Rechtsvergleichend
    - 1.4 Teleologisch
  - 2. Funktionale Äquivalente
    - 2.1 Preisüberwachungsrecht
    - 2.2 Übervorteilung (Art. 21 OR)
    - 2.3 Fernmelderecht
  - 3. Verhältnis von KG und FMG
    - 3.1 Bereichsausnahme von Art. 3 Abs. 1 KG
    - 3.2 Widersprüchliche Bundesgerichtspraxis
    - 3.3 Problematische Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts
  - 4. Zwischenfazit
- III. Unangemessener Preis
  - 1. Problem des iustum pretium
  - 2. Regelungen des Preisüberwachungsrechts

## I. Einleitung

[Rz 1] Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Entscheid vom 24. Februar 2010 eine direkte Sanktion (Busse) in der Höhe von ca. CHF 333 Mio., welche die Wettbewerbskommission gegen die Swisscom Mobile AG (Swisscom) im Jahre 2007 ausgesprochen hatte, aufgehoben<sup>1</sup>. Dieses vielbeachtete, derzeit wegen Beschwerden von beiden Parteien aber noch beim Bundesgericht hängige Verfahren hat in der Öffentlichkeit insbesondere Aufmerksamkeit deshalb geweckt, weil erstmals grundsätzlich über verfahrensrechtliche Aspekte bei einer kartellrechtlichen Bussenausfällung entschieden worden ist<sup>2</sup>. Materiell hat das Bundesverwaltungsgericht den Entscheid der Wettbewerbskommission aufgehoben, weil nicht ein Fall der *Erzwingung unangemessener Preise* vorliege; hingegen sind von Seiten des Gerichtes keine Einwendungen gegen die verfahrensrechtlichen Vorgehensweisen der Wettbewerbskommission erhoben worden.

[Rz 2] Insbesondere hat das Bundesverwaltungsgericht mit Bezug auf die zentralen Grundsätze der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), nämlich das Prinzip «keine Strafe ohne Gesetz» (Art. 7 EMRK) und das Prinzip «Recht auf ein faires Verfahren» (Art. 6 EMRK) keinen Anlass für eine Rüge gegenüber der Wettbewerbskommission gesehen<sup>3</sup>. Diese beiden Aspekte sind in Urteilsbesprechungen bereits recht intensiv diskutiert worden, weshalb sie vorliegend nicht eine erneute kritische Beurteilung erfahren<sup>4</sup>. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (1) besteht eine ausreichende

gesetzliche Sanktionsgrundlage (Art. 7 EMRK), d.h. dem Bestimmtheitsgrundsatz wird Genüge getan<sup>5</sup>, und (2) ist davon auszugehen, dass ungeachtet der offen gelassenen Frage, ob die Wettbewerbskommission ein Gericht i.S. von Art. 6 EMRK darstelle, es jedenfalls ausreichend sei, dass in einer späteren Phase ein Gericht mit voller Kognition entscheide, was in der Tat auch geschehen ist.

[Rz 3] Die materiell-rechtliche Prüfung hat wie üblich im Fall der Anwendung von Art. 7 KG mit der Frage des relevanten Marktes und der Stellung eines Unternehmens im Markt zu beginnen. Die Wettbewerbskommission hatte eine beherrschende Stellung der Swisscom auf dem *Wholesale-Markt* für die in ihr Mobilfunknetz eingehenden Anrufe festgestellt. Das Bundesverwaltungsgericht ist dieser Betrachtungsweise gefolgt; als relevanter Markt wird der Wholesale-Markt des betroffenen Anbieters gegenüber den Nachfragern auf dieser Marktstufe (konkret Sunrise und Orange) umschrieben<sup>6</sup>. Die Nachfrager im Wholesale-Markt müssen ihrerseits die Weiterleitung von Anrufen auf das Netz von Swisscom anbieten, weshalb das Netz eines jeden Fernmeldeanbieters für die anderen eine essential facility darstellt. Aktueller Wettbewerb besteht bei einer solchen (engen) Marktumschreibung offensichtlich nicht und potenzieller Wettbewerb lässt sich nicht annehmen, weil die Marktzutrittschranken (sehr hohes Investitionsvolumen) für den mobilen Wholesale-Markt gross sind. Aus diesem Grunde vertritt das Bundesverwaltungsgericht, das wie die herrschende Lehre vom Bedarfsmarktkonzept und der Nachfragesubstitution ausgeht, die Auffassung, und zwar in zutreffender Ablehnung des Versuchs von Swisscom, einen Ansatz ohne Abgrenzung von Märkten zu entwickeln, dass Swisscom (genauso wie Sunrise und Orange) eine marktmächtige Stellung im jeweils das Unternehmen betreffenden Wholesale-Markt inne habe<sup>7</sup>. Auf diese Ausführungen ist nur soweit zurückzukommen, als sie für die Beurteilung des nachfolgend im Vordergrund stehenden Missbrauchstatbestandes der Erzwingung unangemessener Preise relevant sind.

## II. Tatbestandselement der «Erzwingung»

[Rz 4] Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich spezifisch mit der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG, d.h. mit der Frage, ob die Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen sich dadurch missbräuchlich verhalten habe, dass

<sup>1</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, Abteilung II.

<sup>2</sup> Vgl. ANDREAS HEINEMANN, Direkte Sanktionen im Kartellrecht in: Jusletter 21. Juni 2010; CLAUDIA SEITZ, Urteilsbesprechung, AJP 2010, 650 ff.

<sup>3</sup> Bundesverwaltungsgericht (Fn. 1), 59 ff. und 75 ff.

<sup>4</sup> HEINEMANN (Fn. 2), Rz 22 ff.; SEITZ (Fn. 2), 653 f.

<sup>5</sup> Immerhin bleibt darauf hinzuweisen, dass die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (Fn. 1), 67 ff., wonach die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG nicht genügend bestimmt sei, um eine Sanktion auszusprechen, nicht überzeugt und auch im Widerspruch zur EU-Rechtsprechung steht (im Einzelnen dazu HEINEMANN [Fn. 2], Rz 24 f. mit weiteren Verweisen).

<sup>6</sup> Bundesverwaltungsgericht (Fn. 1), 107 ff.

<sup>7</sup> Bundesverwaltungsgericht (Fn. 1), 147 ff.

den beiden Nachfragern Sunrise und Orange zu hohe Preise (Terminierungsgebühren) auferlegt worden seien.

## 1. Auslegungsmethoden

[Rz 5] In der modernen Methodenlehre wird zwischen der eigentlichen Interpretation (oft auch als Auslegung i.e.S. oder Rechtsanwendung bezeichnet) und dem Bereich des Richterrechts (der richterlichen Rechtsfortbildung) unterschieden. Zu den gebräuchlichen Auslegungselementen gehören die sprachlich-grammatikalische, die systematische, die historische und die teleologische (inkl. verfassungskonforme und rechtsvergleichende) Interpretation<sup>8</sup>.

### 1.1 Sprachlich und historisch

[Rz 6] Das Bundesverwaltungsgericht legt den Begriff der «Erzwingung» eng aus, und zwar nicht zuletzt gestützt auf eine sprachliche Auslegung des Wortes «Erzwingung». Zwang deute auf einen besonderen Druck hin, d.h. eine intensive und nachdrückliche Durchsetzungsform<sup>9</sup>. Diese Auslegung übersieht indessen, dass die französische und italienische Sprachfassung von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG wesentlich weniger eindeutig ausgefallen sind, denn es finden die Begriffe «le fait d'imposer» und «imposizione» Anwendung, die eher auf Übersetzungen wie «Auferlegung» oder «Durchsetzung» hindeuten<sup>10</sup>. Die sprachliche Auslegungsmethode führt also zu weniger klaren Ergebnissen als dies das Bundesverwaltungsgericht wahrhaben will.

[Rz 7] Das Bundesverwaltungsgericht nimmt weiter Bezug auf die Botschaft zum Kartellgesetz 1995; darin führt der Bundesrat aus, der Begriff «Erzwingung» bedeute, «dass zum Beispiel ein nachfragemächtiges Unternehmen Mittel anwendet oder anzuwenden droht, mit denen es seiner Forderung ... Nachdruck verleiht»<sup>11</sup>. Diese Textstelle des historischen Gesetzgebers deutet zwar auf ein relativ hohes Mass an «Druck» hin, doch braucht daraus nicht unbedingt gerade ein starker «Zwang» gelesen zu werden<sup>12</sup>.

### 1.2 Systematisch

[Rz 8] Die systematische Auslegungsmethode fragt danach, wie eine gewählte «Formulierung» im Gesamtkontext sinnvoll zu verstehen ist. Bei Kartellrechtsnormen geht es um den Aspekt des wirksamen Wettbewerbs im Rahmen einer marktwirtschaftlichen Ordnung. Vom Aufbau her stellen die Beispielfälle von Art. 7 Abs. 2 KG sog. «Aufgreifkriterien» dar,

welche in die Grundnorm von Art. 7 Abs. 1 KG eingebettet sind. Konkret ist also zu beurteilen, ob eine in Abs. 2 erwähnte Verhaltensweise als Missbrauch einer beherrschenden Stellung zu sehen ist<sup>13</sup>. Diese Mechanik, welche das Verhältnis von Abs. 2 zu Abs. 1 systematisch funktionsfähig macht, setzt voraus, dass die Tatbestandsmerkmale von Abs. 2 weit ausgelegt werden, um den Anwendungsbereich des Haupttatbestandes (Abs. 1) nicht ungebührlich einzuengen.

[Rz 9] Die singuläre Betrachtung von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG durch das Bundesverwaltungsgericht ohne Miteinbezug von Art. 7 Abs. 1 KG beruht somit auf dem Missverständnis, dass Abs. 2 eine vollständige Norm sei und dass die «Erzwingung unangemessener Preise» an sich schon als missbräuchlich im Sinne von Abs. 1 zu gelten habe. Hätte das Bundesverwaltungsgericht die «Erzwingung» zutreffend weit ausgelegt, wäre im Nachgang zu prüfen gewesen, ob das Verhalten der Swiscom auch wirklich missbräuchlich sei, denn lediglich Art. 7 Abs. 1 KG enthält sowohl einen Tatbestand als auch eine Rechtsfolge<sup>14</sup>.

### 1.3 Rechtsvergleichend

[Rz 10] Eine anerkannte Auslegungsmethode, insbesondere im Kartellrecht, ist der rechtsvergleichende Ansatz<sup>15</sup>. Der Gesetzgeber hat das Kartellgesetz 1995 bewusst möglichst europakompatibel ausgestalten wollen und in vielen Bestimmungen des KG einen Wortlaut gewählt, welcher den Formulierungen des (damaligen) EG-Vertrages weitgehend entsprochen hat<sup>16</sup>. Mit Bezug auf Art. 7 Abs. 2 lit. c KG fällt zwar auf, dass der Wortlaut nicht identisch ist mit Art. 102 S. 2 lit. a AEUV (früher Art. 82 S. 2 lit. a EGV), dass die Verwendung des Begriffs «Erzwingung» aber doch sehr ähnlich ist, indem der europäische Gesetzgeber vor das Wort «Erzwingung» noch «unmittelbaren» oder «mittelbaren» gestellt hat und nicht nur von unangemessenen Preisen, sondern etwas konkreter «von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen» spricht<sup>17</sup>.

[Rz 11] Die Praxis und die Lehre zum EU-Recht stellen nun aber überwiegend keine besonderen Anforderungen an die Modalität der Ausübung der Marktmacht. Wie es konkret zu unangemessenen Preisen kommt, ist nicht ausschlaggebend. Vielmehr konzentriert sich die Diskussion auf die Frage, unter welchen Umständen unangemessene Preise vorliegen<sup>18</sup>.

<sup>8</sup> Vgl. dazu eingehend ROLF H. WEBER, Methodenlehre und Kartellrecht, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Bern 2009, 1, 7, 8 ff. m. weit. Verw.

<sup>9</sup> Bundesverwaltungsgericht (Fn. 1), 212 ff.

<sup>10</sup> HEINEMANN (Fn. 2), Rz 36.

<sup>11</sup> BBI 1995 II 468, 573.

<sup>12</sup> HEINEMANN (Fn. 2), Rz 38.

<sup>13</sup> ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. Bern 2005, Rz 638.

<sup>14</sup> Vgl. auch ZÄCH (Fn. 13), Rz 639 ff.

<sup>15</sup> Vgl. ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. Bern/München/Wien 2010, 252 ff.

<sup>16</sup> BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Basel 2010, Art. 7 N 268, 292.

<sup>17</sup> Auf diese Tatsache weist auch das Bundesverwaltungsgericht hin (Fn. 1), 198.

<sup>18</sup> Vgl. HEINEMANN (Fn. 2), Rz 40 m. weit. Verw.; vgl. auch WERNHARD MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Teil 1, 4. Aufl. München 2007, Art. 82 EGV Rz 132 und 138; MICHAEL

[Rz 12] Eine rechtsvergleichende Betrachtungsweise vermag somit die sehr strikte Auslegung des Begriffs der «Erzwingung» durch das Bundesverwaltungsgericht nicht zu stützen.

#### 1.4 Teleologisch

[Rz 13] Ungeachtet der Tatsache, dass die verschiedenen Auslegungsmethoden grundsätzlich gleichwertig sind, hat sich in der Lehre verbreitet die Erkenntnis durchgesetzt, dass im Zweifel bei widerstreitenden Ergebnissen der anderen Auslegungsmethoden dem teleologischen Element eine besonders grosse Bedeutung zukommt<sup>19</sup>. Die teleologische Auslegung hilft, den Willen des Gesetzgebers auch unter veränderten Umständen möglichst optimal umzusetzen. Ausgangspunkt dieser Überlegung ist die Tatsache, dass der Missbrauchs-begriff dazu dient, Verhaltensweisen zu verbieten, welche darauf abzielen, im Markt gewisse Konditionen durchzusetzen, die unter wettbewerblichen Bedingungen nicht zu Stande kommen würden, es geht also um die Instrumentalisierung der Marktmacht zur Verbesserung der eigenen wirtschaftlichen Position<sup>20</sup>.

[Rz 14] Dieser Auslegungsansatz spricht in der Tendenz für nicht zu hohe Eingriffsschwellen beim Begriff «Erzwingung», weil die Möglichkeiten, gegen Instrumentalisierungen der Marktmacht vorzugehen, umso geringer sind, je strengere Anforderungen an die «Erzwingung» gestellt werden. Muss geradezu eine «Drohkulisse» aufgebaut werden, wie dies im Geschäftsleben doch recht selten der Fall ist, riskiert die Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG zu verkümmern. Vielmehr ist sachgerecht, die Beurteilung des Missbrauchs nicht auf gewisse Erscheinungsformen des Marktverhaltens im engeren Sinne zu beschränken<sup>21</sup>.

[Rz 15] Das Bundesverwaltungsgericht betrachtet im Kontext (einer zwar so nicht genannten) teleologischen Auslegung die sog. funktionalen Äquivalente zur kartellrechtlichen Preis-kontrolle und spricht dabei insbesondere das Preisüberwachungsrecht, die Übervorteilung (Art. 21 OR) und das Fernmelderecht an<sup>22</sup>. Grundsätzlich ist diese Betrachtungsweise sinnvoll, weil sie einen Beitrag zur Aufrechterhaltung der Einheit der Rechtsordnung leistet.

## 2. Funktionale Äquivalente

### 2.1 Preisüberwachungsrecht

[Rz 16] Das Preisüberwachungsgesetz kennt in der Schweiz wohl die ausführlichste Regelung einer «Preiskontrolle» als Basis für die Beurteilung eines Preismissbrauchs<sup>23</sup>. Wie Art. 7 KG legt auch Art. 12 PÜG fest, dass eine Preisüberwachung lediglich zum Zuge kommen kann, wenn ein marktmächtiges Unternehmen die Preise setzt; die marktbeherrschende Stellung wird wie in Art. 7 KG gestützt auf das Bedarfsmarktkonzept bzw. die Substitutionsmöglichkeit umschrieben (Art. 12 Abs. 2 PÜG)<sup>24</sup>. Die einzelnen Methoden, die es erlauben, den «richtigen» Preis zu finden, sind in Art. 13 PÜG aufgelistet; im Vordergrund stehen das Vergleichsmarktkonzept, der Als-Ob-Wettbewerb und die Kostenkontrollmethode<sup>25</sup>.

[Rz 17] Das Bundesverwaltungsgericht manövriert sich aber selber aus einer konkreten Beurteilung der Parallelität zum PÜG heraus, indem die Annahme getroffen wird, im Kartellrecht würde eine «bedeutend höhere Eingriffsschwelle» zur Anwendung kommen als bei Anwendung des PÜG, weil das KG direkte Sanktionen kenne<sup>26</sup>. Dieses Argument vermag nicht zu überzeugen und ist aus entwicklungshistorischen Gründen auch überhaupt nicht nachvollziehbar, denn Art. 13 PÜG stammt aus dem Jahre 1985, Art. 7 Abs. 2 lit. c KG aus dem Jahre 1995, als Sanktionen überhaupt noch nicht gesetzgeberisch vorgesehen gewesen sind<sup>27</sup>. Die spätere Einführung von Sanktionen im Jahre 2003 vermag jedenfalls nicht plötzlich eine Anhebung der «Eingriffsschwelle» zu begründen, denn daran hat der historische Gesetzgeber nicht denken können und wenn dies die Absicht im Jahre 2003 gewesen wäre, hätte eine entsprechende Gesetzesanpassung erfolgen müssen.

[Rz 18] Was das Verhältnis von PÜG und KG anbetrifft, formuliert Art. 3 Abs. 3 KG (1995) vom Wortlaut her einen Vorrang des KG. Diese Bestimmung ist in ihrer Auslegung indessen umstritten, insbesondere liegt nicht ein klarer Vorrang des KG vor, weil sonst die Bestimmungen zur Zusammenarbeit zwischen Preisüberwacher und Wettbewerbskommission ausgehebelt würden (Art. 5 und Art. 16 PÜG)<sup>28</sup>. Vielmehr sind PÜG und KG als in die gleiche Richtung wirkende wettbewerbsverstärkende bzw. wettbewerbsersetzende Erlasse zu betrachten<sup>29</sup>. Selbst wer aber für den Vorrang des PÜG plädieren würde, könnte ein solches Argument nicht dazu nutzen, eine höhere Eingriffsschwelle zu begründen, weil der

KLING/STEFAN THOMAS, Kartellrecht, München 2007, § 5 Rz 69.

<sup>19</sup> WEBER (Fn. 8), 10 f.

<sup>20</sup> HEINEMANN (Fn. 2), Rz 38; allgemein zur wirtschaftlichen Abhängigkeit vgl. RETO ANDREAS HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Diss. Zürich 2005, 210 ff.

<sup>21</sup> Vgl. auch MÖSCHEL (Fn. 18), Art. 82 EGV Rz 115.

<sup>22</sup> Bundesverwaltungsgericht (Fn. 1), 207 ff.

<sup>23</sup> Vgl. ROLF H. WEBER, Preisüberwachungsgesetz (PÜG), Kommentar, Bern 2009, Art. 13 Rz 4 ff.

<sup>24</sup> WEBER (Fn. 23), Art. 12 Rz 20 ff.

<sup>25</sup> Im Einzelnen dazu WEBER (Fn. 23), Art. 13 Rz 16 ff.

<sup>26</sup> Bundesverwaltungsgericht (Fn. 1), 204 und 221.

<sup>27</sup> HEINEMANN (Fn. 2), Rz 42.

<sup>28</sup> WEBER (Fn. 23), Art. 5 Rz 12 und Art. 16 Rz 12 ff; nur auf den Wortlaut von Art. 3 Abs. 3 KG hingegen abstellend HEINEMANN (Fn. 2), Rz 42.

<sup>29</sup> WEBER (Fn. 23), Art. 16 Rz 15 f.

«Vorrang» sich nicht auf die Prüfungsabfolge, sondern auf das materielle Prüfungsniveau beziehen müsste.

[Rz 19] Ganz allgemein ist weiter zu bemerken, dass dem Zusammenspiel von Wettbewerbskommission und Preisüberwacher in der Vergangenheit nur ungenügend Beachtung geschenkt worden ist<sup>30</sup>. Bisher ist die Möglichkeit kaum genutzt worden, das Preisüberwachungsgesetz im Falle einer durch Marktmacht verursachten Wettbewerbsbehinderung anzuwenden; die Preisüberwachung ist nämlich grundsätzlich immer zur Beurteilung von Preisen marktmächtiger Unternehmen zuständig, d.h. in Fällen, in denen die Preise nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind. Zutreffend hat denn auch in der jüngeren Praxis des Preisüberwachers eine Entwicklung von der Beurteilung von Einzelfällen hin zu systematischen und konzeptionellen Fragestellungen stattgefunden<sup>31</sup>; Preismissbräuche sollen also nicht nur beseitigt, sondern nach Möglichkeit (schon) verhindert werden.

## 2.2 Übervorteilung (Art. 21 OR)

[Rz 20] Art. 21 OR erlaubt ein richterliches Eingreifen in privatautonom abgeschlossene Verträge, sofern unter gewissen Voraussetzungen eine erhebliche Paritätsstörung mit Bezug auf den Austausch vertraglicher Leistungen vorliegt. Obwohl eine Betrachtung von Art. 21 OR durchaus sachgerecht ist, um die Einheit der Rechtsordnung zu wahren, lässt sich nicht übersehen, dass zumindest zwei der drei möglichen Tatbestandselemente von Art. 21 OR subjektiver Natur sind, nämlich die «Notlage» der schwächeren Vertragspartei oder der «Leichtsinn» der benachteiligten Partei; diese subjektiven Kriterien sind für die Beurteilung kartellrechtlicher Fragen nicht geeignet<sup>32</sup>.

[Rz 21] Etwas stärker objektiviert ist der Begriff der «Ausbeutung der Notlage» in Art. 21 OR. Vorerst ist immerhin festzustellen, dass die «Ausbeutung der Notlage» nicht deckungsgleich ist mit dem Begriff «Erzwingung»; im Gegensatz zur sprachlichen Auslegung beim Begriff «Erzwingung» nimmt es das Bundesverwaltungsgericht bei dieser vergleichenden Betrachtungsweise indessen nicht mehr sehr genau, obwohl gerade die französisch- und italienischsprachige Fassung von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG – wie erwähnt – mit «fait d'imposer» und «imposizione» der «Ausbeutung der Notlage» näher käme<sup>33</sup>.

[Rz 22] Ungeachtet dessen braucht aber die «Ausbeutung der Notlage» keineswegs im Sinne einer «Erzwingung» ausgelegt zu werden. Vielmehr steht kartellrechtlich die Tatsache im Vordergrund, dass bei Art. 7 Abs. 2 KG die Situation vorherrscht, dass die abhängige Partei nicht auf andere

Anbieter auszuweichen vermag und damit in eine «Notlage» mit Bezug auf den Abschluss gewisser Rechtsgeschäfte gerät<sup>34</sup>. Mit anderen Worten lässt sich durchaus kohärent mit Art. 21 OR auch für Art. 7 Abs. 2 lit. c KG davon ausgehen, dass die marktbeherrschende Stellung instrumentalisiert wird, um einen Preis zu verlangen, der im Wettbewerb nicht erreichbar wäre.

## 2.3 Fernmelderecht

[Rz 23] Das dritte funktionale Äquivalent ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts das Fernmelderecht. Sachlich richtig betrachtet, handelt es sich aber wohl kaum um ein funktionales Äquivalent, weil das Fernmelderecht Begriffe wie z.B. «Erzwingung» gar nicht kennt. Vielmehr enthält das FMG lediglich, aber immerhin, Vorschriften zur Preisgestaltung, wenn ein marktmächtiges Unternehmen im Markt auftritt. Aus diesem Grunde ist das Verhältnis zwischen KG und FMG vertieft zu thematisieren, selbst wenn nicht eigentlich ein funktionales Äquivalent vorliegt.

## 3. Verhältnis von KG und FMG

### 3.1 Bereichsausnahme von Art. 3 Abs. 1 KG

[Rz 24] Art. 3 Abs. 1 KG enthält einen Vorbehalt mit Bezug auf sog. wettbewerbsausschliessende Vorschriften. Der wirtschaftliche Hintergrund der Regelung liegt darin, dass bei Auftreten von Marktversagen, wie es sich in den wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen einstellen kann<sup>35</sup>, oft planwirtschaftliche Regelungsmuster zur Anwendung gelangen und der Markt nicht mehr durch den Wettbewerb koordiniert wird<sup>36</sup>. Das Kartellgesetz will nicht in die entsprechende gesetzgeberische Interventionstätigkeit eingreifen, sondern dem sektorspezifischen Recht die Festlegung der nicht wettbewerbsfähigen Bereiche überlassen. Liegt indessen keine wettbewerbliche Sonderstellung vor, ist das Kartellgesetz selbst im Kontext von öffentlichen Aufgabenerfüllungen anwendbar<sup>37</sup>.

[Rz 25] Bei der Anwendung von Art. 3 Abs. 1 KG ist somit zu prüfen, ob der Gesetzgeber ein Marktversagen angenommen hat und deshalb den Wettbewerb ausschliessen wollte; hingegen haben die zuständigen Behörden nicht zu beurteilen, ob im konkreten Bereich tatsächlich ein Marktversagen vorliegt<sup>38</sup>.

<sup>30</sup> So zutreffend die Bemerkung von ROGER ZÄCH, Buchbesprechung, sic! 2010, 589 f.

<sup>31</sup> Vgl. WEBER (Fn. 23), Art. 4 Rz 12 ff.

<sup>32</sup> Vgl. dazu hinten III.1.

<sup>33</sup> Bundesverwaltungsgericht (Fn. 1), 208 und vorne II.1.1.

<sup>34</sup> HEINEMANN (Fn. 2), Rz 44; im Einzelnen dazu auch ZÄCH (Fn. 13), Rz 621, 623 und 698 m. weit. Verw. und Beispielen.

<sup>35</sup> Vgl. ROLF H. WEBER, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbsrechtlichen Ausnahmebereichen, Baden-Baden 1986, 79 ff. und 98 ff.

<sup>36</sup> ROLF H. WEBER, Kartellrecht – Einleitung, in: Von Büren/David (Hrsg.), Kartellrecht, SIWR V/2, Basel 2000, 1, 45 f.

<sup>37</sup> WEBER (Fn. 36), 46 m. weit. Verw.; MATTHIAS AMGWED, Netzzugang in der Telekommunikation, Diss. Zürich 2008, Rz 541 f.

<sup>38</sup> WEBER (Fn. 36), 46; ROGER ZÄCH (Fn. 13), Rz 281.

[Rz 26] Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG ist von einer staatlichen Markt- oder Preisordnung auszugehen, wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter in entscheidender Weise durch das öffentliche Recht festgelegt sind; nicht von Belang ist dabei, ob im Markt ein privat- oder öffentlich-rechtlich organisiertes Unternehmen auftritt<sup>39</sup>. Die Markt- oder Preisvorschriften müssen wirtschaftlich grundlegende Elemente eines Marktes betreffen.

[Rz 27] Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b KG ist es unabhängig von staatlichen Markt- oder Preisordnungsbestimmungen denkbar, einzelne (privat- oder öffentlich-rechtlich organisierte) Unternehmen mit besonderen Rechten zu betrauen. Im Vordergrund stehen insoweit die Regiebetriebe des Bundes sowie die Versorgungsunternehmen<sup>40</sup>. Im Streitgegenständlichen Fall vermag die Swisscom nicht in den Genuss einer «Befreiung» von der Anwendung des Kartellgesetzes zu kommen, weil ihr keine «besonderen Rechte» anvertraut worden sind. Das Bundesverwaltungsgericht will denn auch nicht den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG zur Anwendung bringen<sup>41</sup>.

[Rz 28] Aus den vorerwähnten Überlegungen ist grundsätzlich von der Parallelität der Anwendung von KG und FMG auszugehen.

### 3.2 Widersprüchliche Bundesgerichtspraxis

[Rz 29] Das Bundesgericht hat im grundlegenden und einlässlich begründeten Leitentscheid im Fall Freiburger Elektrizitätswerke<sup>42</sup> dafür gehalten, das Kartellrecht (vor allem Art. 7 KG) sei im Elektrizitätsbereich anwendbar, weil keine vorbehaltenen Sondervorschriften vorliegen würden, obwohl eine Gesetzesrevision zur Öffnung des Elektrizitätsmarktes bevorstand. Auch mit Blick auf die Interkonnectionsregulierung gemäss Art. 11 FMG besteht eine konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die entsprechenden Normen nicht vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG darstellten, was zur parallelen Anwendung von KG und FMG führe<sup>43</sup>.

[Rz 30] Einzig im Office Connex Fall<sup>44</sup> hat das Bundesgericht unerwartet und ohne überzeugende Begründung die Parallelität von KG und FMG verneint. Dieser Entscheid ist in der Lehre kritisch aufgenommen worden<sup>45</sup>. In der Tat vermag die

Auffassung des Bundesgerichts nicht zu überzeugen: In der erwähnten konstanten Rechtsprechung sowohl im Telekommunikations- als auch im Energiesektor ist das Bundesgericht regelmässig davon ausgegangen, dass eine besondere sektorielle Regelung zur wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse. Zudem seien vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG nur restriktiv auszulegen<sup>46</sup>. Von einem Vorrang des sektorspezifischen Rechts vor dem Kartellrecht lässt sich schon deshalb nicht ausgehen<sup>47</sup>, weil das allgemeine Wettbewerbsrecht und das sektorspezifische Wettbewerbsrecht unterschiedliche Eingriffsvoraussetzungen und unterschiedliche Eingriffsmöglichkeiten (Sanktionen) vorsehen<sup>48</sup>. Bei der fernmelderechtlichen Interkonnectionspflicht liegen nämlich die Eintrittsvoraussetzungen insoweit tiefer, als gemäss Fernmelderecht «nur» die marktbeherrschende Stellung als Anknüpfungspunkt dient, ohne dass der Zugangsinteressent (wie im Kartellrecht) ein missbräuchliches Verhalten des Netzbetreibers nachzuweisen hätte<sup>49</sup>. Die Unterschiede in den Eingriffsmöglichkeiten zwischen Fernmelde- und Wettbewerbsrecht zeigen sich etwa darin, dass die Kommunikationskommission im Gegensatz zur Wettbewerbskommission eine behördliche Preisfestsetzung vornehmen kann<sup>50</sup>.

[Rz 31] Nicht zu überzeugen vermag auch das (singuläre) Argument des Bundesgerichts, dass über den «Umweg» des Kartellrechts nicht ein fernmelderechtlich sonst kaum erreichbares Ziel verwirklicht werden dürfe. Übersehen wird mit diesem Hinweis, dass mit dem FMG vorbeugend eine Interkonnectionspflicht für gewisse Bereiche verwirklicht wird, während das KG einschreitet, um eine verpönte Handlung zu «korrigieren»<sup>51</sup>. Eine festgestellte Kartellgesetzverletzung vermag zwar eine kartellrechtliche Angebotspflicht bzw. eine Schadenersatzpflicht auszulösen, aber keinen allgemein gültigen fernmelderechtlichen Interkonnectionszwang. Zutreffend hält denn die Lehre auch fest, dass die vom Bundesgericht (einmalig) im Fall Office Connex eingeschlagene «kartellrechtliche Umwegtheorie» das Kartellgesetz empfindlich schwäche<sup>52</sup>. Umso weniger erscheint es als gerechtfertigt,

<sup>39</sup> WEBER (Fn. 36), 46 m. weit. Verw.

<sup>40</sup> WEBER (Fn. 36), 47 m. weit. Verw.

<sup>41</sup> Bundesverwaltungsgericht (Fn. 1), 172 ff. und 193 ff.

<sup>42</sup> BGE 129 II 497 ff.

<sup>43</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 bzw. 2A.505/2000 vom 3. Oktober 2000; Urteil des Bundesgerichts 2A.142/2003 vom 5. September 2003; Urteil des Bundesgerichts 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006.

<sup>44</sup> BGE 132 III 186 ff.

<sup>45</sup> Vgl. BENDICHT LÜTHI, Urteilsbesprechung, sic! 2007, 554 f.; AMGERD (Fn. 37), Rz 544 f.; zu den Grundlagen vgl. schon BARBARA HÜBSCHER/PIERRE RIEDER, Die Bedeutung der «Essential-Facilities»-Doktrin für das schweizerische Wettbewerbsrecht, sic! 1997, 439 ff.

<sup>46</sup> Vgl. insbesondere BGE 129 II 497, 513, E. 3.3.3; vgl. auch Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen i.S. Swisscom Mobile AG, RPW 2004/1, 221, E. 6.1.

<sup>47</sup> So auch das Bundesgericht im Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2000, Commcare.

<sup>48</sup> Vgl. auch STEFAN RENFER, Vom Zusammenspiel des Fernmelderechts mit dem revidierten Kartellrecht, Jusletter (Weblaw) vom 17. Oktober 2005, Rz 43 ff., 50; zum deutschen Recht vgl. auch FLORIAN SCHMIDT-VOLKMAR, Das Verhältnis von kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht und Netzregulierung, Baden-Baden 2010.

<sup>49</sup> KATHARINA SCHINDLER, Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht – Die «Essential Facility»-Doctrine im amerikanischen, europäischen und schweizerischen Kartellrecht, Diss. Bern 1998, 208.

<sup>50</sup> RENFER (Fn. 48), Rz 50.

<sup>51</sup> LÜTHI (Fn. 45), 554; AMGERD (Fn. 37), Rz 545 f.

<sup>52</sup> LÜTHI (Fn. 45), 554.

dass vom Bundesverwaltungsgericht der bundesgerichtliche «Ausreisser» im Fall Office Connex, der von der sonst ständigen Rechtsprechung abweicht, als Ausgangspunkt für die auch aus den vorerwähnten Gründen nicht überzeugende restriktive Auslegung eines spezifischen Begriffs im Kartellgesetz, nämlich der «Erzwingung», genommen wird.

### 3.3 Problematische Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

[Rz 32] Indem das Bundesverwaltungsgericht die parallele Anwendung von KG und FMG verneint hat, ohne eine vertiefte Prüfung der Frage vorzunehmen und ohne die an sich (abgesehen vom Fall Office Connex) konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts zu beachten, ist es nicht nur zu einer sehr problematischen Aussage mit Bezug auf das Verhältnis von KG und FMG gekommen, sondern hat eine ebenso problematische Rechtsfolge herbeigeführt:

[Rz 33] Wenn es ausreicht, dass die Nachfrager einer Leistung die Möglichkeit haben, eine Preiskontrolle mit Bezug auf die Preisfestlegung durch ein marktmächtiges Unternehmen zu bewirken (wie vorliegend das Verfahren vor der Kommunikationskommission), hängt die Wirksamkeit dieser «Preiskontrolle» von der Bereitschaft der Nachfrager ab, das spezialgesetzliche Verfahren wirklich einzuleiten. Wenn die Nachfrager z.B. die Kosten und Risiken eines solchen Verfahrens scheuen, oder wenn die Nachfrager aus eigenen wirtschaftlichen Überlegungen gar nicht an tieferen Preisen interessiert sind, entfällt jegliche Preiskontrolle<sup>53</sup>. Um diese Konsequenz zu vermeiden, geht denn auch die Lehre zum europarechtlichen Art. 102 AEUV einhellig davon aus, dass das Missbrauchselement nicht deshalb entfällt, weil Marktteilnehmer der vor- oder nachgelagerten Marktstufen unangemessene Preise akzeptieren<sup>54</sup>.

[Rz 34] Genau diese Situation hat indessen im vorliegenden Verfahren vorgelegen: Als Nachfrager für die Leistungen (Terminierung von Telefonanrufen im Wholesale-Markt) sind grundsätzlich nur zwei Unternehmen in Frage gekommen, nämlich Sunrise und Orange. Diese beiden Unternehmen würden offensichtlich ein Interesse an einer Preiskontrolle haben, wenn sie die (überhöhten) Gebühren zu Lasten der eigenen Betriebsrechnung bezahlen müssten; falls indessen eine Überwälzung der Kosten auf die Endkunden/innen möglich ist, schmerzt ein zu hoher Preis des marktmächtigen Unternehmens im Wholesale-Markt nicht so stark. Wegen der Nichteinleitung eines fernmelderechtlichen Sonderverfahrens tragen letztlich die Endkunden/innen die überhöhten Kosten, ohne dass sie sich kartellrechtlich wehren könnten<sup>55</sup>.

[Rz 35] Selbst wenn mit der Anwendung einer

ergebnisorientierten Auslegung grundsätzlich Zurückhaltung geübt werden muss, zeigt die voranstehende Analyse doch eindrücklich, dass die Aushebelung des Kartellrechts nicht gerechtfertigt ist. Vielmehr bedarf es der Anwendung des kartellrechtlichen Instrumentariums, um gerade im Falle des «Nichtstuns» der Marktteilnehmer eines vorgelagerten Marktes zum Schutze der Endkunden/innen festzustellen, ob überhöhte Preise auf der Zwischenhandelsstufe (bzw. vorliegend des Wholesale-Marktes) zur Anwendung gelangen.

## 4. Zwischenfazit

[Rz 36] Gesamthaft betrachtet ist mit Blick auf die Auslegung des Begriffs «Erzwingung» durch das Bundesverwaltungsgericht festzuhalten, dass sich die sehr restriktive Auslegung weder mit den traditionellen Auslegungsmethoden, schon wegen der romanischen Sprachfassungen nicht mit der grammatikalischen Interpretation, jedenfalls aber nicht mit einer systematischen<sup>56</sup>, einer rechtsvergleichenden<sup>57</sup> und einer teleologischen<sup>58</sup> Interpretation, noch mit dem Konzept der sog. funktionalen Äquivalente<sup>59</sup> rechtfertigen lässt. Aus einer gesetzesübergreifenden wettbewerbszentrierten Betrachtungsweise heraus ist überdies die Vernachlässigung des Wirkungshorizontes des Preisüberwachungsrechts zu bedauern; insbesondere aber überzeugt die kartellgesetzliche Betrachtungsweise des Bundesverwaltungsgerichts nicht, weil dem Fernmelderecht ein Vorrang gegenüber dem allgemeinen Wettbewerbsrecht eingeräumt wird, welcher weder der überwiegenden Rechtsprechung und Lehre entspricht noch ausreichend in Betracht zieht, dass im Falle der Nichtanwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 KG, wie dies im vorliegenden Kontext der Fall ist, angesichts der unterschiedlichen Eingriffsvoraussetzungen und Rechtsfolgen von einer Parallelität von allgemeinem und sektorspezifischem Wettbewerbsrecht auszugehen ist. Zudem besteht, anders als vom Bundesverwaltungsgericht angenommen, keine «Lücke» im gesetzgeberischen Gesamtkonzept, die eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der kartellrechtlichen Preiskontrolle auf sog. «normale» Märkte verlangen würde<sup>60</sup>. Vielmehr reicht es – wie erwähnt – aus, dass im Falle einer Marktbherrschaft das marktmächtige Unternehmen den ihm zur Verfügung stehenden Verhaltensspielraum zur Durchsetzung überhöhter Konditionen einsetzt.

## III. Unangemessener Preis

[Rz 37] Als zweites Tatbestandselement bezieht sich Art. 7 Abs. 2 lit. c KG auf die Unangemessenheit des Preises.

<sup>53</sup> Auch HEINEMANN (Fn. 2), Rz 47, spricht von einem Vorgang, der ein «Unterlassen zu Lasten Dritter» darstelle.

<sup>54</sup> Vgl. MÖSCHEL (Fn. 18), Art. 82 EGV Rz 138.

<sup>55</sup> Vgl. auch HEINEMANN (Fn. 2), Rz 56.

<sup>56</sup> Vgl. vorne II.1.2.

<sup>57</sup> Vgl. vorne II.1.3.

<sup>58</sup> Vgl. vorne II.1.4.

<sup>59</sup> Vgl. vorne II.2.

<sup>60</sup> HEINEMANN (Fn. 2), Rz 49.



Konkretere Vorgaben sind der Gesetzesbestimmung nicht zu entnehmen. Aus diesem Grunde ist wie bei der «Erzwingung» nach funktionalen Äquivalenten zu suchen.

## 1. Problem des iustum pretium

[Rz 38] Vertragsrechtlich betrachtet wird die Frage des gerechten Preises (iustum pretium) seit dem römischen Recht gestellt. Was letztlich «gerecht» und «fair» ist, lässt sich nicht allgemein umschreiben, sondern massgebend sind die konkreten Umstände des Einzelfalles.

[Rz 39] Der vom Bundesverwaltungsgericht schon zur Auslegung des Begriffs «Erzwingung» herangezogene Art. 21 OR spricht von einem offenbaren Missverhältnis<sup>61</sup>. «Offenbar» ist das Missverhältnis, wenn die Ungleichwertigkeit der Austauschleistungen «jedermann in die Augen fallen» muss<sup>62</sup>. Gemäss herrschender Lehre ist die Kontrolle der Leistungsäquivalenz nach freiem richterlichem Ermessen unter Würdigung aller Vertragsumstände vorzunehmen<sup>63</sup>.

[Rz 40] Ausgangspunkt der Beurteilung ist der objektive Wert bzw. Gegenwert der Leistungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses<sup>64</sup>. Objektiv ist z.B. der Markt- oder Börsenpreis bzw. das übliche Entgelt nach Tarifen von Organisationen der Dienstleistungsbranche. In der Lehre wird dafür gehalten, dass auch der Marktpreis für eine vergleichbare Leistung herangezogen oder eine Orientierung an den Beurteilungskriterien von Art. 13 PÜG vorgenommen werden kann<sup>65</sup>.

[Rz 41] Die Rechtsprechung ist bisher bei der Auslegung des Begriffs «Missverhältnis» streng gewesen und hat nur in ausserordentlichen Fällen das Vorliegen dieses Tatbestandselementes bejaht<sup>66</sup>. Hingegen vertritt die Lehre tendenziell eher die Meinung, dass an das Vorliegen des erforderlichen Missverhältnisses generell keine allzu strengen Anforderungen zu stellen seien<sup>67</sup>. Dieses Spannungsfeld lässt sich m.E. dadurch überwinden, dass verstärkt auf die Kriterien des Preisüberwachungsrechts zurückgegriffen wird.

## 2. Regelungen des Preisüberwachungsrechts

[Rz 42] Art. 13 PÜG enthält keine Definition des

Preissmissbrauchs. Das Gesetz verzichtet somit auf die Konkretisierung des Preissmissbrauchsbegriffs, wie sie noch im Vernehmlassungsentwurf zum PÜG vom Juni 1983 vorgesehen gewesen ist<sup>68</sup>; diese Umschreibung hat sich aber spezifisch auf die Preiserhöhungen bzw. die nicht vorgenommenen Preisherabsetzungen bezogen und eignet sich, zumal sie der Bundesrat angesichts der sehr kontroversen Stellungnahmen zu diesem Entwurf in der Botschaft zum PÜG nicht mehr aufgenommen hat, nicht dazu, auf die Frage des «gerechten Preises» übertragen zu werden.

[Rz 43] Der Gesetzgeber hat sich im PÜG dafür entschieden, einen Kriterienkatalog vorzusehen (Art. 13 Abs. 1 PÜG), der beispielhaft, d.h. in nicht abschliessender Weise, wichtige Faktoren nennt, die sich bei der Beurteilung der Angemessenheit von Preisen heranziehen lassen, die aber auch durch zusätzliche Kriterien ergänzt werden können. Die Reihenfolge der im Gesetz genannten Kriterien widerspiegelt auch nicht eine Prioritätenordnung, vielmehr ist der naheliegendste oder sachgerechteste Preisüberprüfungsansatz zu wählen (sog. Methodenpluralismus)<sup>69</sup>.

[Rz 44] Die gesetzlich genannten Kriterien zur Beurteilung des Preissmissbrauchs sind verschiedenartig ausgerichtet; der Preisüberwacher kann sich auf die Anwendung einer Methode zur Beurteilung des (hypothetischen) Preissmissbrauchs konzentrieren, aber auch mehrere Methoden vergleichend zur Anwendung bringen, selbst wenn im Falle einer Vorgehensweise mit parallelen Kriterienprüfungen gegebenenfalls widersprüchliche Ergebnisse eintreten könnten. Der Methodenpluralismus vermag zudem eine Verifikationsfunktion auszuüben<sup>70</sup>; z.B. ist es denkbar, dass ein gemäss der Kostenmethode zu Stande gekommenes «Preismodell» gestützt auf das Vergleichsmarktkonzept nochmals reflektiert wird.

[Rz 45] In der Praxis im Vordergrund stehen die Vergleichsmarktmethode und die Kostenkontrollmethode, doch kommen auch der Wettbewerbssimulationsmethode (Als-Ob-Konzept) nicht zu unterschätzende Vorteile zu<sup>71</sup>.

[Rz 46] Ob im gegenständlichen Kontext die Anwendung der vorgenannten Preiskontrollmethoden zur Erkenntnis führen würde, dass eine missbräuchliche Preisfestlegung vorliege, lässt sich anhand der Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht prüfen, weil diese Frage angesichts der strengen Auslegung des Begriffs «Erzwingung» auch nicht vertieft werden musste. Indizien dafür scheinen im Lichte der Beobachtungen der Wettbewerbskommission durchaus vorzuliegen, doch müssten die zuständigen Behörden in ähnlicher Weise wie z.B. die Kommunikationskommission in Interkonnectionsstreitigkeiten die einzelnen denkbaren Preisfestlegungsmodelle «durchrechnen» und dann die Frage des

<sup>61</sup> BGE 123 III 301; 92 II 170.

<sup>62</sup> BGE 53 II 488; 46 II 60.

<sup>63</sup> BSK OR I-HUGUENIN, 4. Aufl. Basel 2007, Art. 21 Rz 5.

<sup>64</sup> BGE 123 III 301; vgl. auch KLING/THOMAS (Fn. 18), § 5 Rz 60/61.

<sup>65</sup> BSK OR I-HUGUENIN (Fn. 63), Art. 21 Rz 6.

<sup>66</sup> BSK OR I-HUGUENIN (Fn. 63), Art. 21 Rz 8 f. m. weit. Verw.; spezifisch zum Telekommunikationsmarkt das eben ergangene EuGH-Urteil C-280/088 vom 14. Oktober 2010, Rz 5 ff., m. weit. Verw., zu den Zwischenabnehmerentgelten für an Wettbewerber erbrachte Vorleistungszugangsdienste sowie zum Begriff des Missbrauchs.

<sup>67</sup> PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd I, 9. Aufl. Zürich 2008, Rz 734.

<sup>68</sup> Zum Ganzen vgl. WEBER (Fn. 23), Art. 13 Rz 4.

<sup>69</sup> Vgl. WEBER (Fn. 23), Art. 13 Rz 12 f.

<sup>70</sup> WEBER (Fn. 23), Art. 13 Rz 14 f.

<sup>71</sup> Eingehend, m. weit. Verw., WEBER (Fn. 23), Art. 13 Rz 16 ff.

Preissmissbrauchs analysieren. Diese Aufgabe mag zeit- und kostenintensiv sein, doch erscheint die Bewältigung dieser Aufgabe als unumgänglich, wenn das Risiko subjektiver Einschätzungen minimiert werden soll.

---

Prof. Dr. Rolf H. Weber, Ordinarius für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich, Visiting Professor an der Hong Kong University, Rechtsanwalt in Zürich.

Der vorliegende Text ist eine schriftliche Fassung eines Teils des Vortrages, welchen der Verfasser im Rahmen der 13. Zürcher Tagung zum Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht des Europa Instituts der Universität Zürich am 29. September 2010 gehalten hat. Der Verfasser ist in keiner Weise in das streitgegenständliche, dem Beitrag zugrunde liegende Verfahren involviert. Dank gebührt Herrn Prof. Dr. ROGER ZÄCH, Zürich, für wertvolle Hinweise bei der Ausarbeitung des Textes.

---

\* \* \*